

135







REPRESENTACION LEGAL
POR
EL MONASTERIO
DE SANTA PAVLA,
DE ESTA CIUDAD,
EN EL PLEITO
CON EL MONASTERIO
DE SAN GERONYMO DE BVENA-VISTA,
EXTRA-MUROS DE ELLA,
SOBRE

LA SUBSISTENCIA, Y PERPETUIDAD de un Tributo impueſto ſobre el Cortijo de el Eſparragal, de que es tercero Poſſeedor el dicho Monaſterio de San Geronymo, y en el Recurſo de Fuerza intentado en eſta Real Audiencia por parte de el Monaſterio de Santa Paula, pretendiendo

SE DECLARE

QUE EL JUEZ DE LA SANTA IGLESIA, EN CONOCER, y proceder en dichos Autos hace fuerza.

✠

EN esta juridica expedicion donde, proceden discordes los conceptos, sin oposicion de la voluntad, se examinan un juicio executoriado, y otro universal pendiente, y sirven de justificacion notoria, para que se repute privativo, y peculiar de la Real Jurisdiccion el assumpto, que el Monasterio de S. Geronymo pretende aplicar à la Eclesiastica, y à su Tribunal; y siendo intolerable en ambos fueros empeño tan temerario, sirve à el Convento de Santa Paula de objecto el mas cuidadoso hacer invasion à este perjuicio, que debiera por su proprio beneficio haver excusado la propria parte que le ha influido; y este conocimiento acredita, no puede ser culpable en el actor de el Recurso ocurra precissado, implorando el charitativo, y saludable remedio en la Real proteccion; pues en conservar sin agravio su justicia, logra separar al contrario de el gravamen que contrahe, queriendo continuar en una violencia; y siendo esto conforme, y sufraganeo à la verdad, nada altera lo que desfigura la passion, tratando por de extraño origen, y escrupulosa naturaleza una deliberacion, que es su ascendencia tan Legal, y Canonica, que en las Rubricas, ò principios de la sujeta materia se adquiere todo lo conducente para fundarla, y seguirla.

2. El Memorial ajustado, en què estàn contestes las Partes, es puntual instruccion de los principios de hecho, que son causas eficientes de el Recurso; y reducidos à Compendio, consiste el primero en la decission, ò executoria, que obtuvo el Monasterio de Sta. Paula en el año de 1567. contra Doña Magdalena Voti, Authora de la Parte demandante, y tercera Possedora de el Cortijo de el Esparragal; que imitando en su Recurso, à el que hoi quiere suscitar San Geronymo de Buena-vista, tuvo por valido, justo, y per-

perpetuo el tributo, al tiempo de comprar el citado Cortijo, porque se libertaba de desembolsar el valor de su principal; y à el tiempo de reconvenirle, para que pagasse los reditos, quiso tratar por controvertible, y litigioso, lo que antes havia consentido. Mas no obstante los esfuerzos aparentes de la suposicion, resultò la executoria, que entre otras expressiones instruye, y avisa lo siguiente, ibi: *Y declaramos, que el dicho tributo, y la paga de èl es perpetuo, y no poderse redimir, y quitar, y que la dicha Doña Magdalena, y sus Successores: en el dicho Donadio de el Esparragal estàn obligados à pagar dicho tributo al dicho Monasterio de Santa Paula perpetuamente en cada un año, sin embargo de lo dicho, y alegado contra ello por Doña Magdalena Voti.*

3. Discurriò el Monasterio de Santa Paula assegurado su sossiego, y terminada su molestia con los autorizados efectos de esta decission consentida; mas resultò mui contraria su experiencia; pues el proprio Monasterio de San Geronymo, que defendiò en aquel tiempo su justicia, por estàr sufraganeo en el todo â su direccion, y gobierno (de que se exceptuò posteriormente) haviendo comprado la referida finca con el cargo especifico de el tributo, en Autos de concurso pendientes en esta Real Audiencia à bienes de Don Francisco de Medina año de 1596. estipulò, y condicionò *haver de otorgar Escriptura de reconocimiento à favor de el Monasterio de Santa Paula de los nueve cabizes, y medio de pan terciado de renta en cada un año, confessando este tributo por perpetuo en el proprio pedimento, en que hizo la postura que motivò el remate, en cuya virtud possee.* De estos avisos, que legaliza el hecho, para instruccion de el concepto, y norte de el recurso, se admira lo violento que procede el intentado por parte de el que se supone actor sin accion; pues el assumpto extinguido sobre existencia de el tributo, y su naturaleza, le quiere tratar como existente; y el que actualmente vive (que es el juicio de concurso) le regùla co-

mo

mo difuncto, ò extincto al comprar el Cortijo del Esparragal, antecediendo las precissas noticias, è instrucciones, que por el Pleito executoriado es precisso tuviesse por la inclusion en todo el caudal, y gobierno, que al Convento de Santa Paula tocaba, y pertenecia, y en que es precisso concurriesse para obtenerla su agencia, y solicitud por los motivos insinuados. Contexta el tributo valido, estipulando, y condicionando otorgar su Escriptura de reconocimiento; y despues, contrario à sus proprios hechos, quiere litigar con libertad, lo que la executoria feneciò; y estas complicaciones publica el Derecho por culpables (como se fundarà en su lugar) y por termino, à que conspira el recurso, se ofrecen dos insinuaciones: *La primera, que el assumpto es laico por lo que justifica el Pleito vencido: la segunda, tocar à la Real Jurisdiccion por estàr en esta Real Audiencia pendiente el Pleito de Concurso.*

PRIMERA INSINUACION.

4. HA preocupado en primer lugar, para el dictamen de la direccion en el Recurso, un supuesto indisputable; siendo este, que la validacion, perpetuidad, y justicia de el tributo, que pertenece à el Monasterio de Santa Paula, se constituyò sujeto â la Real Jurisdiccion en el mencionado año de 1567. pues de lo contrario, fuera negar la jurisdiccion que publica el Derecho, y contestaron conformes las Partes, que litigaron: es igualmente indudable, que no podia la Real authoridad conocer, ni decidir (en el caso concreto) sino es constituyendose laico por las circunstancias de reconvencion, y demas que ocurrieron: luego es legitima ilacion, que la validacion, justicia, y perpetuidad de el assumpto (nempe de el tributo) fue: *Tunc temporis*; y es prophano, y laico para el efecto de su firmeza, perpetuidad, y justicia.

5. Gustoso oyera el Convento de Santa Paula la solucion de este argumento, que resultando contrahido à las causas, que essencialmente assisten al tributo, no pueden tener variacion, para que se hayan de litigar por hallarse decididas, ni puede otra jurisdiccion incluirse à conocerlas para el fin de disputarlas, siendo el motivo, ò centro favorable de estas precissiones, la regla que instruyò D. Salg. *de Reg. part. 1. cap. 1. num.* 3. ibi: *Iste patet aditus, & salubre refugium ad Supremam Majestatem. Quoties Iudex Ecclesiasticus mittens falsem in messem alienam, de merè laico, re simul merè prophana cognoscens; Regiam temporalem jurisdictionem usurpat, propriæ limitibus non contentus, quod quærellam* de Auto de Legos *practici vocant*. Para dificultar, que este principio, ò segundo medio (que habilita los Recursos à la Real proteccion) no tiene proporcion à el intentado, es precisso en el Monasterio de San Geronymo la equivocacion, que avisa su pedimento, y resulta de el Memorial en las palabras siguientes, num. 36. ibi: *Es digno de notar, que siendo Comunidad Eclesiastica sujeta à aquel fuero, y reo convenido, pretenda extrañarse de èl, y ser convenido ante la Justicia Real con incapacidad de jurisdiccion para proceder contra el Convento de Santa Paula.*

6. Esta alegacion hace demonstrable, que el Monasterio de San Geronymo quiere (equivocado) que los principios generales, que instruyen la incompetencia de la Real Jurisdiccion para las Personas Eclesiasticas, y sus bienes, à que se relaciona el *Cap. Cum sit generale. Cap. Significasti. Cap. Diligenti*, y otros que son rubrica en la difusa materia de jurisdicciones, y de que hablò, *cum pluribus AA.* el Carlev. *tit. 1. dis. 2. quæst. 6. num.* 392. D. Larr. *dis.* 6. militen, y procedan con sus penas, y prohibiciones en los casos essemptos de esta regla. Si intenta defender, que no hai assumptos en que la Jurisdiccion Real radique, y funde conocimiento en bienes, derechos, y acciones de Personas Eclesiasticas, y Comunidades, procure derogar los

los efectos de la reconvencion que opone el Seglar demandado, ò executado à el Eclesiastico, ò Comunidad, de quien se experimentò convenido, de lo qual tratò el Cortiada en la D. 242. con innumerables Authores, y al num. 42. previene, que esto no se duda *in omnibus mundi Tribunalibus*. Pignat. *tom. 3. consult.* 36. y se ha suscitado por pariedad la reconvencion con omission de otras materias (cuyo examen excluye la brevedad) por ser la que terminante diò causa à el pleito executoriado con Doña Magdalena Voti, en el qual una Comunidad essempta, como lo era la de Santa Paula, oyò, litigò, y esperò la determinacion de el Tribunal Real, dirigiendose à el proprio derecho, ò tributo, y con los proprios motivos, que hoi pretende litigar el Monasterio de San Geronymo. Tambien deberà negar (si quiere insistir en su equivocacion) que el Eclesiastico, ò Comunidad, que asiste como parte en el concurso, ù otro juicio universal, tratandose de excluir, ò admitir sus tributos, ù otras acciones, haya de estàr sujeto à la determinacion de la jurisdiccion laica; y si contesta, como es precisso, en que en estos, como en otros casos, aunque la persona sea Eclesiastica, y dueño de los bienes, tributos, ò acciones, conoce, y puede (*immò debe*) la Jurisdiccion Real, para què suscita principios generales, que si en lo aparente suenan adequados, en la realidad son improprios?

7. Dirà la Parte de el Monasterio, que la diversidad de los casos propuestos, y otros omitidos, es influxo de ser los assumptos (*extra regulam*) y es verdad tan suficiente, que por sì costèa à dicho Monasterio su convencimiento; pues deberà no atenderse en el sucesso actual, à que el Monasterio de Santa Paula es parte demandada; à que el tributo (contra cuya existencia se quiere litigar lo que està vencido) toca à su caudal, y dotacion; porque esto es lo exterior lo accidental, que no sirve, sino es para imprimir conceptos, que vulneran la verdad, y ofuscan las reglas

cla-

claras de justicia, ha de internarse el discurso en los principios solidos para acercarse à el perfecto conocimiento: *Vera namque cognitio à causis prioribus derivatur.* D. Larr. *decis.* 4. *num.* 13.. *Non quidem oportet attendi, an in judicio aliquis petat, sed respicienda est petitio, & causa originaria.* Y obrando con esta regla, se hallarà, que el Monasterio de Santa Paula no quiere se le demande en Tribunal Real, ni seguir Pleito en Tribunal incompetente; lo que sì procura es, impedir el ingresso de un litigio, que advirtiendole quien le intenta executoriado de injusto, y despreciado por tal, con notoria fundada jurisdiccion de un Tribunal Superior, se ocurre en fraude de esta verdad; à quererle principiar, contraviniendo à el respecto de la decision, y con intento de reiterar otra igual disipacion de el caudal de el Convento, à la que experimentò en el Pleito vencido con el Author à quien representa, y de quien trahe causa el Monasterio de S. Geronymo de Buena-vista; y esto no es defecto para censurarse, si exemplar que debe seguirse. No se pretende con el Recurso infringir el fuero, y jurisdiccion Eclesiastica; pues es modo de defenderla, reservarla de competencias, que fomenta el incluirse en materia extraña; y como assentir à lo contrario sea tan notable excesso, que se gradùa por culpa letal: *ut erudit* Acuña *in cap.* 5. *num.* 3. *dist.* 10. D. Solor. *lib.* 3. *politic. cap.* 30. *f.* 465. Parej. *de instrum. edit. resol.* 6. *num.* 332. Villarr. *part.* 2. *de gobiern. quæst.* 14. *num.* 1. Navar. *in manual Confessor. cap.* 23. *num.* 14. Y à esto es correlativo el *cap. causam*: *Qui filii sint legitimi*, ibi; *Ne videamur juri Regis Anglorum detrahere* (con sus Concordantes) ha sido en el Monasterio de Santa Paula indispensable usar de un Recurso tan justo, y notorio.

8. De lo expuesto resulta, que la controversia judicial sobre lo defectuoso, ò valido de el tributo se constituyò *tunc temporis* por la reconvencion, materia *merè laica*, y por esto, con plenitud de jurisdiccion,

cion se oyò, sustanciò, y determinò por la Jurisdiccion Real: y es tan vigoroso el efecto de sujecion, que produce la reconvencion, que no solo despues de fenecida, y executoriada, sino es immediatamente à ser opuesta, si el Sugeto, ò Comunidad Eclesiastica, à quien es hecha, quiere evadirse desistiendose: *Seu liti à se motæ renuntiare non evitat, nec evadit judicium reconventionis ante renuntiationem per laicum factæ sed potest laicus reconventionem prosequere contra clericum coram judice sæculari.* Y si el essempto usa de la declinatoria, por la que el Eclesiastico quiere incluirse en lo que por efecto de la reconvencion se radicò ante el Tribunal Real, se declara hace fuerza en conocer, y proceder. Cortiad. *dis.* 242. *num.* 42. *&* 43. *& ita in nostra Hispania vidisse sine controversia observatum in omnibus Tribunalibus, & judicem Ecclesiasticum facere vim per censuras impedientem, ut Judex Sæcularis non procedat in reconventione, ex eo quod clericus opposuit fori declinatoriam.* Y cita à el Sr. Vela, Ceball. *de cognit.* Larr. y otros, de que se ilaciona (teniendo presente la *lei* 57. *tit.* 6. *part.* 1. que es el lugar capital para estas reconvenciones) que si la Jurisdiccion Eclesiastica totalmente se enagena para poder separar à la Real de el hecho de la reconvencion, y sus efectos, precisso es, que el assumpto se colocasse con naturaleza de laico, y prophano: y asi, constituido siempre, permanezca para la formalidad de lo executoriado en la reconvencion: de modo, que si con relacion à lo que en la reconvencion se halla decidido, se incluyere alterando el Eclesiastico, se deba insinuar su incompetencia: *Non ratione personæ*, por quien se intenta el Recurso, *sed propter causam jam decisam, & terminatam.* Esforzandose este concepto, por lo que instruye, como otros, D. Vel. *dissert.* 45. *num.* 92. que fundan la competencia de el Juez Seglar para todo lo consiguiente à la execucion, y efectos de la reconvencion: y no haviendo otro mas filial, y precisso, que conservar su decision, es

con-

consiguiente advertir, que para esto siempre reside la jurisdiccion en el Tribunal donde se diò la executoria, sin facultad de permitir, que otro distincto se incluiga en ella.

9. Sin despedirse el estudio de corroborar lo fundado, aunque parece suficiente lo expuesto, se hace precisso annotar por extraño, lo que parcialmente se ha alegado para exclusion de la declinatoria, que ha producido el actual Recurso; y consiste, en que para evadirse el Monasterio de San Geronymo, de que le obligan los efectos eficaces de la executoria, objecciona, que no fue citado en ella, y haver sido obtenida con un Tercero; pues asi conceptùa à Doña Magdalena Voti su Authora. Mas acreedora era esta replica à el silencio, que à solucion, quando debemos disputar lo precisso, deponiendo lo dispensable, ò ocioso; mas responda à el reparo de citacion el proprio hecho: este instruye, que el Pleito executoriado principiò el año de 1562. (Mem. num. 4.) y terminò el de 567. (Mem. num. 26.) quando el Monasterio comprò judicialmente en los Autos de Concurso pendientes en esta Real Audiencia, con el cargo de el tributo, y condicion de haver de otorgar escritura de reconocimiento à favor de el de Santa Paula, fue en el año de 1596. (Mem. num. 29.) proponga el motivo con que se le havia de citar veinte y nueve, ò treinta años antes de constituirse posseedor de el Cortijo, ò donadio, finca de el tributo, y se le darà de espacio satisfaccion, la que ahora suple su accelerado concepto, resultando este con no menos extrañeza, en quanto à persuadirse eximido de observar lo executoriado, quando es documento general de todos, advertido lo que previno el Sr. Salg. *de Reg. part.* 4. *cap.* 8. *num.* 310. ibi: *Tertia est conclusio ut plerumque sententia inter alios lata, jus inter alios faciat, aliis prodesse ac nocere contingit, ex propria vi, & natura ejusdem absque aliqua scientia accedente, prout executoriales expeditæ contra illos, quos negotium principaliter*

cipaliter tangit; aut principaliter intereſt; quique primum locum obtinet, & ad quos actio, vel defenſio, principaliter ſpectat, præjudicium ſucceſſoribus, quos negotium, vel ſecundario, acceſſoriè, incidenter, aut in conſequentiam tangit, etiam non vocatis, nec citatis, invitis, ſcientibus, aut ignorantibus, præjudicare, damnumque generare, certi eſt juris, tunc ſiquidem lis tractatur cum legitimo contradictore, àquo aliorum jus in eadem re derivatur, aut oritur quique primas obtinet in eadem controverſia partes. Ex leg. 1. §. Quamvis ver. denuntiare ff. de ventre inſpicien. Leg. ex contractu ff. de re judic. Leg. ſi patroni §. ſi, ff. ad Trebelli. Leg. ſi ſui putavi: in prin. ff. de inoff. teſtam. Y es tan conforme eſto en el Derecho, como expreſsivo en la executoria, *in iis verbis; y la dicha Doña Magdalena Voti, y ſus Succeſſores, en el Donadio de el Eſparragal eſtàr obligados à pagar el tributo perpetuamente.*

10. El Monaſterio de San Geronymo no negarà (porque no puede) ſer Succeſſor de Doña Magdalena, *mediato*, ò *immediato*, y que trahe cauſa de ella; y ſi quiere poner eſta notoriedad en diſputa con principios generales mui extraños à el Recurſo, le contendrà, que: *Hæc concluſio, & doctrina procedit, & intelligitur, quando tertius poſſeſſor cauſam, ſeu titulum habet ab illo condemnato, adversùs quem jus exequendi competit; cauſam autem habere non ſolum accipere debemus, quando iſte tertius poſſeſſor abipſomet principali debitore rem nactus eſt immediate, ſed etiam ſi alioquin mediato, & perlongam ſucceſsionem; puta aliis perſonis interpoſitis, cauſam, ſeu titulum ab illo traxerit.* D.Salg.*ubi ſuprà, num.* 187. & 168. *cum leg. herædis ff. de verbor. ſigni. L. Qui per ſucceſsionem ff. de regulis jur. Leg. ſicut §. ſupervacuum ff. quibus modis, pignus, vel hypotheca ſolvitur.* Lo que manifieſta tambien, como ſe deben entender las demàs queſtiones, que el Author citado inſtruyò en los numeros antecedentes, que deben ſiempre manifeſtarſe, para que no ſe extrañen por contrarias, ſiendo favorables con la integridad, y pureza, que el proprio Capitulo acredita; porque es mui

dis-

distincto el tercero; que se opone, ò usa *jure proprio*, à el que solo trahe la asistencia de el extraño à quien representa: y esta distincion es el espiritu mas principal, que anima à ser inconducente â el assumpto la generalidad de *res inter alios acta*, y es citar el caso de omission en la defensa que tuvo el posseedor de un Mayorazgo, ò administrador, y otros, que con objecto mui distincto franquèa este lugar de el señor Salg. *quæ libenter omitto.*

11 Por haver principiado el juicio, que terminò la executoria, por la execucion que pidiò el Monasterio de Santa Paula, dice en su pedimento el de San Geronymo, que no puede reputarse por executoriado, ò adquirir authoridad *rei judicatæ*; mas sin hacer transito al Derecho, solo con lo instruido en el hecho se destruye esta dificultad; pues evidencia, que de la sentencia de el Juez *à quo* apelaron ambas Partes (Mem. num. 11.) y lo proprio hicieron de la sentencia de vista (idem num. 20.) y en la instancia de revista se recibiò el Pleito à prueba, y por ambas partes se hicieron sus probanzas (num. 26.) puestas con el processo, se alegò de bien probado; y concluso el Pleito, recayò la executoria. Este concurso de circunstancias, todas incluidas en la substanciacion, acredita, que por el consentimiento de las partes, el juicio, que principiò sumario, se convirtiò en plenario, controvirtiendose *ad invicem* todo lo concerniente â la existencia, y validacion de el tributo, y su perpetuidad; y en estos terminos bastaba solo atender lo cientifico de el Tribunal, para que no se dudara, que haviendo determinado en lo que era privativo de el juicio petitorio, como es *el declarar el tributo por perpetuo, y deberse pagar en granos por la parte que litigò, y sus Successores*, no se dificultarà haver precedido el juicio correspondiente à la serie de la decission; y mas quando no puede por frequente motivar novedad, que principiando un juicio por sumario (como es el possesorio) si las

Par-

Partes tratan de la propriedad, subsistencia de el tributo, ò su validacion, puede el Juez, *immò debet*, decidir sobre uno, y otro: *cap. Cum super election. de caus. possess. & propriet.* con sus Concordantes citados en la *glos. verb. possessor, & petitor.* y en terminos de juicio executivo Scacia *de sentent. & re judic. glos.* 14. *quæst.* 2. *num.* 22. ibi: *Restringe primò nunc universam eamdem conclusionem positam sub numero* 10. *& præsertim istam tertiam ampliationem, ut non procedat, quando de exceptione fuisset plenè cognitum in judicio summario, seu executivo, aut probationes fuissent in eo plenè receptæ, quia tunc sententia in eo lata, & probationes, in eo receptæ plenè præjudicarent.* D. Cresp. de Valdaur. *observat.* 88. *num.* 11. ibi: *In quo & illud est peculiare; nam licèt cum agitur de exceptione nullitatis oppositæ, quæ vulnerat fundamentum, vel quid simile, quod omnibus præstationibus commune est, si repellatur faciat rem judicatam, etiam ad sequentes pensiones, quia eadem causa est, vincendi discusa, & declarata, atque ita obstat exceptio; necessariò tamen de his actam esse constare debet, vel quia nihil aliud in processum allegatum est, vel quia in sententia expressum est: in his omnibus casibus, si declaretur procedat executio, obstat exceptio, ut Mastrill. probat. decis.* 11. *num.* 9. D. Salg. *de Reg. part.* 4. *cap.* 7. *n.* 149. conciliando la *lei* 1. *cap. de fidei commiss.* ibi: *Sed tu hanc difficultatem facilè evitabis, si consideres in casu illius tex. non agi de una, alterave annua præstatione, sed jus ipsum principale, & ipsa causa primeva, à qua proveniunt præstationes, deducta fuit in judicium pro tempore decurso, & præsenti, & futuro, ut durante legati tempore succesivis annis legatum ipsum solvatur, & præstetur legatario, quod quidem obtinet, in quibuscumque annis redditibus ex quavis causa provenientibus, in quibus pariter licitum est agere contra debitorem, ut condemnetur ad præstandum fructus, pro omnibus annis futuris, debitis terminis, & temporibus; nec tunc erit (secuta hujusmodi condemnatione) necesse litem instituere, adveniente anno, & sic cum universum jus principale, ipsaque primeva, & originalis causa in totum sit in judicium deducta, ac super toto ca-*

dat

dat universaliter ista res judicata, nihil mirùm ut pariter semper obstet ejus exceptio. Y termina advirtiendo, que ha de entenderse lo que dexa instruido antes con sujecion à este lugar.

12. No son estas opiniones favorables à el intento de el Monasterio de San Geronymo, aunque sì mui proprias de el que defiende el de Santa Paula; quien debe citarlas con la admiracion de vèr, que la otra Parte las proponga por adequadas à excluir el Recurso: accion, que para creida, es precisso la publique la experiencia; mas no le ha bastado la que ha tenido, y se enuncia en el (Mem. num. 31.) de el Pleito, en que el año de 1735. le venciò el Monasterio de Santa Paula ante el Nuncio de su Santidad en estos Reinos, sin embargo de haver escrito alegacion en Derecho, que diò à la Prensa con todos quantos fundamentos hoi excita, que fueron despreciados, teniendo presente la citada executoria, contra la qual quiso traher por opuestas las doctrinas proximamente citadas, no parece ser esto proprio de pretendientes tan exemplares, y religiosos, que por medios tan geminados, y proximos se causen tan quantiosos perjuicios; y todo esto es proprio de el Recurso; pues esfuerza, que la materia decidida en juicio executivo sobre reditos, tomando conocimiento de causa principal, y eficiente, produce executoria en quanto à la principal causa, titulo, ò creacion de el tributo, à distincion, de si el juicio solo huviese sido sobre el pago de los reditos sin transcendencia à su causa: y el estàr conformes los Authores en esto, es inseparable, de que la question de la validacion, justicia, y perpetuidad de el tributo, decidiendose por la Jurisdiccion Real, se constituyò con proporcion para ello (*scilicèt*) assumpto laico, y prophano; y no puede fundarse jurisdiccion en Tribunal distincto; porque lo preocupò por medio habil el que conociò, substanciò, y decidiò.

13. Tan seguro es este dictamen, que à consequencia de èl se testifica haver decission de el año de 1628. en 28. de Febrero de Tribunal Superior Real en terminos, que no se empeña, ni piensa el Monasterio de Santa Paula, porque la authoridad de la decission, no la estima en mas, ni se debe, que en quanto se abraza, y consolida con la razon, como dixo el Carlebal: *Mecum enim authoritas humana tantùm valet, quantùm valet ratio.* Y assi, aunque recayò sobre no deberse intrometer el Juez Eclesiastico en los procedimientos executivos, que de resulta de un tributo executoriado se seguia contra Eclesiasticos por reditos posteriormente vencidos à la executoria, en que se havia declarado su validacion, y firmeza, y condenò al pago de los causados anteriormente, *ut refert prædictus* Carleb. *tit.* 1. *d.* 2. *quæst.* 2. *num.* 962. *usque in finem*; bien se vè, que no imita este exemplar el Monasterio acreedor; pues quando se ha ofrecido ha executado al tributario, ò deudor ante su Juez Conservador, quien correspondiò fomentando una oposicion, que como và sentado, no dista de la que hoi queria repetir; y se pretende excusar, que no es para tolerado fenecer ante el Nuncio un Pleito de once años, y dar lugar à que con apariencias en el modo, sin variar la substancia, se le vuelva à dar principio; pues esto es querer constituir el Pleito perpetuo, como es el tributo, aunque mas gravoso, porque un Pleito rinde mucho.

14. Todos los fundamentos que à Carlebal le assisten, para no conformarse con la decission, y sucesso, que refiere, son terminantes para afianzar, que en tocando sobre materia incluida en decission de el Tribunal Real, no puede tomar conocimiento el Eclesiastico por serlo el sugeto contra quien se relaciona, y aunque por la especialidad, y propriedad de su erudicion, y recaer sobre assumpto en que el dubio de el litigio havia sido la validacion de un censo (que tanto se parifica con los meritos de el ac-

tual) debian con gusto referirse, y exponerse, obliga à no executarlo la inclinacion de no dilatar, y la justa confianza en Senado tan superior; solo sì se le pide al Monasterio de San Geronymo, reflexione, antes de elegir sus defensas, que hai gran distincion, en que èl de Santa Paula tratasse de cobrar, y pedir sus reditos en fuerza de su accion executoriada, ò que el Monasterio de San Geronymo deduzca accion para infringir la executoria, ò lo decidido en ella, y con este aviso no extrañarà, que si por *hypothesi* le assistiera alguno de los medios, con que pueden abrirse las executorias, si es en fuerza de accion, *ex nova causa, vel ex instrumento posteà inventò*, ò por remedio de nulidad (que es todo imaginario) esto lo debe hacer en el Regio Tribunal donde se diò la determinacion; ò si ha de ser *in vim exceptionis*, es tiempo proprio, quando se le obligue al pago, ò execute. Esto ultimo ya lo ha actuado, y saliò en el Tribunal de la Nunciatura vencido, y condenado en costas: intente lo que le resta, sin aprehension escrupulosa, de que por ello lastime à la Jurisdiccion Eclesiastica, que en tal caso le ofrece, quien hoi la impugna, no oponerle la declinatoria, que en su Pedimento recela, y lo cumplirà sin zozobra; pues aunque no es tan proprio de el Convento de Santa Paula saber la materia de Censuras, como de el Monasterio de San Geronymo el instruirla, puede como à hermano prevenirle, que si en los hechos de el Pleito recientes, ò novissimos de el Recurso hai contravencion à los preceptos Canonicos, y incursion en sus Censuras, este accidente residirà en la direccion de su demanda, mas no en la de el Recurso, que procede mui sujeto, y respectoso à ellos; pues lo proprio, que por ser executoria de el Tribunal Real à su favor se funda, quando ocurra estàr causada por la Jurisdiccion Eclesiastica, se hallarà militando en favor de esta; y es censurable traher por pretexto la justicia para dar semblante aceptable à una violencia. A todo responde por el Monasterio de Sta. Pau-

la

Fatia el Carleb. *ubi suprà num. 953. Nec verò videri velim aliqui malitiosò estudiosè me derogare vele Ecclesiasticæ Jurisdictioni, nimisque favere sæculari, dum huic opinioni adhereo qui enim in eam suspitionem inciderit, planè ostendet, se rem exterius aspicere, non interius contemplari, & altius intueri. Etenim cum hæc defectibus præventionis, in genere dicta sint, etiamsi in hoc apposito exempla videamur aliquid de Ecclesiastica Jurisdictione detrahere, & sæculari adjicere, in verso casu, & apposito exemplo in laico obtinente à judice Ecclesiastico simile decretum, dum juxta hanc doctrinam asseritur, conveniendum esset eum coram Ecclesiastico, etiamsi, laico foro subjectum, videmur vicissim, è contra vice versa, minuere jurisdictionem sæcularem, ut augeamus Ecclesiasticam, ut quod ex una parte adimitur, ex altera adjiciatur. Ex quo indicatur manifestè, inter utramque nos eque lance versari simplicique versari, & imperturvato animo, menteque ab omni affectu vacua, veritatem perquirere, & naturam præventionis scrutari, quæ ut casus acciderit, nunc uni, nunc alteri jurisdictioni favebit, & in alterutrius obsequium operabitur; nihil autem senseri potest aufferri, cui, quod debitum est, tribuitur.*

14. Aunque se haya alegado, que la demanda de nulidad es por causa no vencida en la executoria, ya esto va respondido; mas no debe omitirse la oposicion que semejante assercion tiene à la realidad; pues quanto en su demanda propone es con representacion à Doña Magdalena Voti, y sus Authores, assi en lo perteneciente à ser la creacion de el Tributo contra la forma dada por las leyes de el Reino, deberse moderar à 14ꝟ. el millar, como en si havia titulos de la principal imposicion, si podian servir, ò no las obligaciones posteriores à la hecha por Guillen de las Casas, como Author principal; el excesso en el precio de los granos, proponiendo, que havian antecedido años, en que se havia comprado à 50. reales la fanega (Mem. num. 25.) y demàs, que por espantoso suscita el Monasterio de San Geronymo; y solo lo es, que admire por novedad lo que en la executoria quedò superado, y por ello se le despreciò

en

en la Nunciatura; quando va notado lo litigò con el de Santa Paula: y hoi no se trata, ni puede impedirle, el que su accion, ò novedad la deduzga; pero arreglese à practicarlo donde debe, para que examinando la ascendencia, ù origen de lo que pide, tenga el premio que mereciere: sobre esto tenia (Señor) el Monasterio de Santa Paula muchos, y evidentes fundamentos que representar, en que hiciera vèr, no solo no ser iguales los reditos à el principal, y el principio que trahe esta aparencia, y otras, que al tiempo de formarse no tenia manejo el Convento de Santa Paula en los Caudales, Libros, y titulos de su dotacion; pues en todo era espotico el Monasterio de San Geronymo; y tanto, que por haver negadole las noticias conducentes à este tributo, fue el poder conseguirlas, y aun la obligacion, que ultimamente tenia à su pago el proprio Monasterio, mas bien providencia de la principal causa, que efecto de la solicitud possible, ò dable; pero conociendo que à el Recurso no pertenece, y que quando las demuestre precissado de la instancia judicial, lo harà con menos mortificacion; porque no produce el concepto mas ingenuo para la otra Parte, suspende hoi el manifestar lo que no ignora el Monasterio de San Geronymo; y quando pida en la jurisdiccion que debe, se le convencerà con sus proprios hechos; y si es comun, que las executorias indemnizan de nuevos litigios lo que superaron, y abrazaron, no solo *expressè*, *sed etiam interpretativè*, segun axiomatico principio, que *non indiget probatione*: Què dice hoi en su demanda, que precissamente no se refunda en querer persuadir á defectuoso, y nulo el tributo, y quantas obligaciones desde su origen se han practicado? (Y con restitucion de todos sus frutos, como si fuera heredero de los que los han pagado) y què otro assumpto es el vencido, sino es la perpetuidad, y validacion? Luego se quiere incluir à la Jurisdiccion Eclesiastica en lo que es proprio de la executoria, cuya defensa, interpretacion validacion, suplica, ò nulidad toca à la Real Jurisdic-

cion;

cion; porque estos no son remedios que los hechos antiguos varian, ni à las jurisdicciones mudan, sino es se graduàn, usando de ellos en el tiempo de su proporcion: *Ita* Carleb. *de jud. tit.* 1. *dis.* 2. *quæst.* 7. *sect.* 3. *num.* 947. con crecido numero de lugares, y Authores, deduciendo este consiguiente (à que està conforme el Sr. Salg.) *Ac per consequens, si prima sententia lata est in favorem Clerici in Tribunali Sæculari, ibidem datim est confirmanda, aut retractanda, remedio appellationis, supplicationis, reclamationis, nullitatis, vel restitutionis, quæ omnia sub una, & eadem jurisdictione expediuntur, quia reducunt causam ad statum, ut ea omnia facienda sint, &c.*

15. Mas: en lo demonstrado por el Recurso, siempre se ha pulsado no ser contrario, sì sujeto à disposicion Canonica; y desempeña este concepto D. Valenzuel. Velazq. *Cons.* 68. *num. ex* 45. *ad* 49. ibi: *Nam ipso facto quod res judicata innotescit judici, coram quo eadem causa introduci prætenditur, non potest aliquid contra eam efficere; imò judex Ecclesiasticus in tantum est obligatus defere in suo Tribunali exceptioni rei judicatæ per sententias judicum Sæcularium; quod si Judex Ecclesiasticus esset de inferioribus potest puniri, & pœna affici eadem causa.* Trahe authorizado su dictamen, ù opinion con muchos Authores, y todos deducen de èl *cap.* 2. *vel final de exceptionibus in* 6. *ibi: Similiter Judices Ecclesiastici, si coram ipsis excipiatur de re per Judicem Sæcularem judicata exceptionem ipsam admittunt in iis, quæ animarum periculum non inducunt, per superiores suos (nisi fecerint) animadversione debita castigandi.* D. Larr. *decis.* 8. *num.* 30. Menoch. *Cons.* 566. *num.* 46. 47. & 48. *lib.* 4. D. Castill. *tom.* 5. *controv. cap.* 105. *num.* 6. con la lei *si præter, ff. de judic.* Y esto comunmente se entiende: *Propter bonum publicum, nec illusoria sint decreta*; mas dirà el Monasterio, que no protege esto à el Recurso, sino es à el uso de la excepcion de lo que actualmente no se trata; pues el de Santa Paula (hablando con sujeccion à los Autos) lo que ha practicado, fue presentar los testimonios (solemnizados) que fomentan la declinatoria, è immediatamente opuso esta, no dando lugar à el Juez Eclesiostico, sino es para instruirse de haver

ver executoria, y los demàs motivos con que se deducia la incompetencia; y es cierto este hecho, y el que se tiene por conforme, y suficiente para el assumpto, segun los avisos antecedentes.

16. La obligacion de la Parte es oponer la excepcion, y liquidarla in continenti: el cuidado, y encargo de el Juez, diferir à ella (esto es terminante de el Cap. Canonico, y todos los que le tocan, ò exponen) porque solo se le concede, aquel arbitrio que todos los Jueces tienen para indagar: *An sit suæ jurisdictionis, vel non*, en todas las excepciones, que en fuerza de articulos declinatorios se intentan; Carleb. *de judic. tit.* 1. *d.* 2. *quæst.* 18. en varios numeros, y no dudandose, que pueden unirse, y consolidarse en un proprio articulo, ò excepcion la substancia de dilatoria, y peremptoria (y en tal caso se llama anomala) se evidencia, que el Monasterio de Santa Paula la excepcion, que por ser *rei judicatæ*, conocio por perentoria, por lo que producia en no poder introducirse el Juez Eclesiastico en los terminos executoriados, ni oir sobre ellos, era dilatoria, y assi la practicò con las reglas de anomala: lo que es tan comun, que sin salir de lo instruido por el Author proximamente citado, no se puede con fundamento dudar; y en este concepto es precisso indaguemos cuidadosos quàl sea el motivo, con que dificulta el Monasterio de San Geronymo lo arreglado de el Recurso, si es en que hai excepcion *rei judicate*? Responda la executoria, y su inteligencia; si el deberse abstener el Juez Eclesiastico, constando de la excepcion, por no tener jurisdiccion para lo contrario? Satisface en el todo la disposicion Canonica: y si es en oponer la excepcion de cosa juzgada, como causa de la declinatoria, ò inhibicion, y evidenciarla instrumentalmente? No puede admitir duda una notoriedad, que por serlo en terminos practicos, fuera culpable buscarle mas authoridad, que su solidez, y esto inclina, à que el Recurso en lo essencial es comun, y el extrañarlo mui particular.

16. No

15. Nò hallando causal justa, que haga à el Recurso dificultoso, se ha discurrido, si entenderà el Monasterio de San Geronymo, que hai precission para oponer esta excepcion, que el Cap. Canonico, y los Authores declaran por tan poderosa en las reglas, y classe de peremptoria *actionis*, sin que obre, ò pueda el efecto de suspender à el Juez el ingresso, ò conocimiento en lo principal executoriado? Mas no es dable, que esta precission conceptùe; pues fuera querer establecer menos eficaz la executoria, ò limitar las reglas instruidas para el uso de la excepcion, que produce, de la que tratando todos, convienen puede oponerse en el ingresso de el juicio, *plures in uno* Carleb. *tit.* 2. *d.* 5. *num.* 4. y que en las dilatorias unas *respiciunt judicem*, *& quædam partes, vel actores num.* 8. mas no ha de pacificarse nuestro deseo con dexar acreditado el Recurso por arbitrario; pues siempre se lleva por objecto el ser precisso: y esto lo evidencian los proprios lugares bien reflexionados; porque si el fundamento de el articulo, en quanto à el demandante, y à el Juez, *ex eadem causa*, se dirige à excluirles: al primero por carecer de accion para tocar en lo executoriado en Tribunal distincto: y al segundo, porque se debe mirar, respecto de el assumpto, por incompetente; no de otro modo podia dirigirse el Recurso, que abrazando estos dos respectos, y verificando (como se hizo) la prueba instrumental de ellos, sin el susto, de que esto causasse prorrogacion, assi por las protestas, como porque en las materias de jurisdiccion, y otras, los medios, de que se usa, siguen el fin à que se dirigen. Carleb. con Gutierr. Surd. Marant. Azeb. Menoch. *& aliis*, *tit.* 1. *d.* 2. *quæst.* 8. *à num.* 990. *ad* 995. *inclusivè*; con las quales consideraciones, parece no ser dudable, que el todo de lo que incluye el Recurso es proprio de la Real autoridad, donde debe el Monasterio de San Geronymo ocurrir, no con el respecto, que menos bien conceptùa, de poner demanda à una Comunidad Eclesiastica, si pa-

ra tratar de nulidad de lo que por valido declara la executoria ; y quando lo execute, verà con presteza evaquado quanto hoi dificulta de exorbitantes reditos, nuevos instrumentos, lesion en el pago, equivocacion en los hechos, y ser despreciable ya lo que excita sobre novedad en la sentencia de revista, que *expressè* consintiò Doña Magdalena Voti ; pues todo por ahora como inconducente se omite, y para tiempo oportuno se reserva ; terminando ya la Insinuacion primera.

SEGVNDA INSINVACION.

16. LO molesto, que con precision ha sido el primer medio de el Recurso, ha de dulcificarse con lo concisso de este segundo, cuyo hecho se reduce à haver comprado el Monasterio de San Geronymo el Cortijo de Esparragal judicialmente en el concurso seguido à bienes de Francisco de Medina Nuncibai, con el cargo de el tributo (executoriado) de nueve cahices, y medio de pan terciado perpetuo à favor de Santa Paula, y con la condicion de otorgar Escritura de Reconocimiento, baxo de la qual se le rematò, diò la posession, y obtiene (Mem. num, 29.) la Escriptura no se se ha otorgado; porque como en el tiempo de la postura, y remate, quien havia de obligar à su otorgamiento en representacion de el Convento de Santa Paula, era el de San Geronymo; se hallò en un proprio sugeto la accion, y passion: y assi, por la qualidad segunda, estuvo sin exercicio la accion primera: despues fue el Pleito de la Nunciatura, que durò once años para vencer todo lo que hoi se expone, y suscita en su demanda nueva de nulidad: conque no puede arguirsele à el Acreedor de el tributo, *si reclamare potuit, cur tamdiu tacuit*; antes sì, es providencia, que el proprio hecho de omission en cumplir el Monasterio de San Geronymo, siendo su animo, que no tuviesse este instrumento el de Santa Paula, se halla hoi tan contrario,

que

que produce meritos favorables al Recurso.

17. Es comun, en practica, que pendiente el concurso, qualesquiera de las Partes, que à èl salieron antes, ò despues de la graduacion, tienen sujecion para las dudas, ò resultas, aunque el Acreedor fuesse Clerigo, *vel ex alio capite exempto*; de modo, que pendiente, ò vivo el concurso, à èl se debe ocurrir en questionando lo cierto, ò incierto de los Derechos consentidos, y graduados. Principio, que fuera extraño exornarlo con citas, por ser notoria evidencia; de esto *oritur* inquirir *utrum* el concurso de el Francisco de Medina: *Vivat, vel non? De vita, & interitu concursus*, trahe el señor Salg. *un cap.* que sino engaña el concepto, que de èl se hace, no es menester para el desempeño de esta segunda insinuacion mas de su reflexion, ò conocimiento. Siempre que se trata de alterar el acto, ò contrato, que se efectuò en el juicio de el concurso con clausula, qualidad, ò condicion, pertenece privativamente el conocer sobre ello à Juez, y Tribunal de el concurso. D. Salg, *part.* 3. *Laberit, cap.* 16. *num.* 48. & 49. & *part.* 2. *cap.* 6. *num.* 48. & 49. *maximeque* 52. porque esto, y las demàs clausulas, ò qualidades equivalentes producen hasta su evaquacion, la existencia de el concurso; es assi, que en el presente caso se trata de alterar el acto, y demàs sucessivo practicado, y consentido en fuerza de la mencionada condicion: *igitur* el concurso vive, y el conocimiento sobre esto toca, *privative*, à el Juez, y Tribunal donde se radicò, y està pendiente: por donde puede evadirse de esta precission el Monasterio de San Geronymo, quando no puede negar que comprò con la qualidad de el cargo de el tributo à favor de el de Santa Paula, y con la condicion de haver de otorgar la Escriptura de reconocimiento; y hoi alterando los creditos de el concurso, que entonces consintiò, quiere excluir à el que le prefiriò; pues entrò comprando con el cargo de pagarle, y escriturarle su obli-

gacion:

gacion: *Si ex nova causa* quiere infringir la graduacion, ocurra por nulidad, ò otro medio de los admissibles à el Tribunal, con cuya authoridad estipulò lo que hoi no quiere cumplir; pues siendo indudable, que el Acreedor de el tributo tiene el concurso existente para obligar à que la condicion se cumpla, precisso es que lo estè para quien faltando â la fee de el contrato de el remate, no solo se resiste à esforzar la obligacion con el instrumento, sì pretende se dè por nula, queriendo en todo, que la Jurisdiccion Eclesiastica irrite lo que la Real supone valido, y de tal lo autoriza su decission; si acaso queriendo dar ser à una apariencia se digere, que con el proprio hecho de haver estado pagando, el Monasterio ha cumplido con la condicion de el reconocimiento; acreditarà lo contrario el señor Salg. *part. 3. cap. 12. pertotum*, donde se hallarà terminante la gran distancia que hai entre el facto de pagar, y la precission â el reconocimiento quando: *Res fuit empta sub basta bonorum concursus cum conditione reconoscendi censum*; y como debe ser absoluto el reconocimiento, y no basta qualificado. Y estando, por lo instruido en este lugar, tan lexos de haver cumplido, precisso es viva el concurso, y que en èl haya de tratarse, si debe, ò no hacerse el reconocimiento; que es en substancia el dubio suscitado por el Monasterio de San Geronymo; y si sobre ello puede ser oido; y pensar lo contrario, es en fraude de el conocimiento prevenido por la Real Jurisdiccion.

17. Para quien querrà el Monasterio los reditos, y principal de este tributo? Si se mira como comprador por el remate, no le pertenecen; si tiene alguna representacion de sus Authores, esta le obliga à lo que dexaron causado, y executoriado; y si las resultas han de partirse entre los interessados en el concurso; no advierte, que ha de dar regla aquel juicio universal, y su graducion: y assi, valgase de nulidad,

lidad, ò meritos que nomine nuevos, ſiendo ya deſpreciados (en la executoria, y ſentencia de graduacion) por vencidos; llame equivocacion en la poſtura, ò remate, lo que no fue ſino un hecho gobernado de ſu proprio conocimiento, de que ſe le convencerà, como va ofrecido: todo eſto es nada para evadirſe de ocurrir donde debe, y va fundado por los dos medios, que conſervan proprios el aſſumpto de la Real Juriſdiccion; y aunque ſi obrara la voluntad no terminaran tan breve las pruebas de ſu defenſa, aviſa la obediencia, y confianza, para que reſignandoſe el Monaſterio de Santa Paula en la Real proteccion, ſe aſſegure libre de la violencia, que ha obligado à practicar ſu inſtancia. Sevilla, y Marzo 20. de 1738. años.

Lic. D. Pedro Monte-mayor, y Pizarro.

CLAVSVLA I.



DECLARAMOS, QVE SI SVCEDIESSE caso (lo que Dios no quiera) que este nuestro Mayorazgo principal, por fallecer el dicho Don Juan, nuestro hijo, y otro qualquier nuestro hijo Varon, que tubieremos sin hijos, ni descendientes, ò por otra causa se juntare, y viniere à juntar con el dicho Vinculo, que havemos fecho, ò con otro que hicieremos en la dicha Doña Bernardina, nuestra hija, para que ella, y sus descendientes sucedan en èl haviendo efecto el dicho Matrimonio por cuyo respecto, le hicimos el dicho Vinculo, è asignacion de legitima, ò no lo haviendo el marido, con quien la dicha nuestra hija casare, tubiere otro Mayorazgo; queremos, y ordenamos, que este dicho Mayorazgo principal, que ahora instituimos no se pueda, ni ha de poder juntar con el de la dicha cassa de Gelves, *ni con otro alguno*, sino fuere en caso, que la dicha Doña Bernardina, nuestra hija, tenga un solo hijo, ò una sola hija: Por que el tal (durante su vida) podrà poseer ambos Mayorazgos, y teniendo mas que un hijo Varon entre los Varones ha de elegir el mayor de ellos, dentro de treinta dias, que se le difiera la sucesion de ellos, en qual de los dos Mayorazgos, ò en este, ò en el otro quisiere suceder, renunciando con efecto el que no quisiere en favor de el otro su hermano segundo: Y entre Varon, y hembra queremos que elija, dentro de los dichos treinta dias de los dichos dos Mayorazgos el que quisiere para el, y sus descendientes, y el otro Mayorazgo quede para la hija, y los suyos; y no eligiendo dentro de los dichos treinta dias, ò diciendo, que no puede elegir por tener otro Mayorazgo, à que forzosamente es llamado, como mayor, ò por otra qualquier causa, razon, ò excusa. Nosotros desde luego llamamos para este nuestro Mayorazgo, à el hermano segundo si

obies

obiere mas que un Varon; y haviendo Varones, y Hembras, prefiera el Varon à la Hembra, y si el tal Varon que ha de preferir eliguiesse el otro Mayorazgo, y no tubiere hermano Varon, sino es Hembra; la tal Hembra queremos que suceda en dicho Mayorazgo, *y esta division se haga perpetuamente para siempre, en todos los Sucesores*, en tal manera, que cada, y quando suceda no haver mas que un hijo, ò una hija del ultimo Poseedor, que el tal hijo, ò hija haya de suceder en dos Mayorazgos, despues de sus dias se vengan à apartar en los hijos, ò hijas, que tubiere haciendo la dicha eleccion dentro del dicho termino, y prefiriendo el mayor à el menor; y el Varon à la Hembra, segun que lo havemos declarado, y andando siempre dividido, y apartado este nuestro Mayorazgo de el de la Cassa de Gelves, y de otro qualquiera, segun dicho es. Siempre vaya por linea recta de Varon, y à falta de Varon suceda Hembra, y asi el uno à el otro perpetuamente prefiriendo siempre el mayor à el menor, y el Varon à la Hembra, aunque ella sea mayor. Y siendo legitimos, de legitimo matrimonio nacidos, ò legitimados por subsiguiente matrimonio, segun que lo havemos dispuesto, y ordenado en el dicho Don Juan, nuestro hijo, y en sus descendientes, y en los otros hijos Varones, y en los descendientes de ellos.

CLAUSULA II.

Y No la haciendo, ni queriendo hacer dentro del dicho termino, por qualquier causa, razon, ò excusa suceda en este dicho Mayorazgo, y en todos los bienes, y Rentas de èl, el hermano segundo de el tal mayor, ò la hermana Hembra, que huviere, no siendo mas que un Varon, ò una Hembra, segun lo tenemos dispuesto, *sin que se requiera para ello otra sentencia, ni declaracion.*

CLAU-

CLAVSVLA III.

Y En caso, que en el hijo mayor concurra sucesion de dos Mayorazgos, ò mas, dentro de treinta dias elija el uno de ellos, y otro passe à el hijo, ò hija segunda, y no lo haviendo pueda poseer el tal hijo mayor ambos Mayorazgos en su vida, y despues de ella se dividan, y aparten, *y esto se guarde para siempre todas las veces, que sucediesse.*

INTRODVCION.

ES justificado empeño, no permitir en un Poseedor dos Mayorazgos: cuyo concurso resistiò la voluntad del Fundador, notoriamente explicada por una Real incompativilidad. Y aunque estos recursos incluyen para el Actor el particular interès, que produce su legitimidad para la instancia; influye beneficio igual en justicia, à el sujeto, à quien la demanda se termina: porque es evidente utilidad ceñir las facultades, y combeniencias à lo que permite el imperio de la razon (*cap. bonorum distinc.* 47. *Bonorum autori inhærere aliter non valemus, nisi cupiditatem à nobis (quæ omnium malorum radix est) abscindamus.*) Y siguiendo esta por el mas seguro norte la suplica interpuesta de la sentencia de vista, se exponen por el Marquès de Castromonte los motibos, en que se sufre su recurso reducidos à dos expressiones. En la primera resultarà evidenciada la incompativilidad, y su naturaleza. En la segunda se acreditarà, que los reparos, y objeciones, opuestas por el Conde de Cantillana son extraños del assumpto, è improporcionados para su defenza.

EXPRECION I.

ES general documento, ò rubrica en la materia de incompativilidades, que estableciendo el Fundador, que el Mayorazgo no se una con otro, es la incompativilidad Real, produciendo el efecto tan poderoso, como preciso, de que no pueda obtener, el que este qualificado con esta qualidad Poseedor alguno, que goce otro Mayorazgo: *Nam quando institutor, prohivuit ne majoratus ab eo institutus jungi possit, nec concurrere cum allio veluti si absolute dicat: que el Poseedor de su Mayorazgo no pueda tener otro., y que si lo tubiese passe al siguiente en grado: tunc manifiesta est ejus volumptas, quod nullo tempore voluit, quod ambo majoratus apud unum successorem concurrere valeant, neque ullo spatio temporis confundatur, vel obumbretur, sive memoria nomen, & arma imo quod ejus majoratus, semper solus, & separatus ab allio reluceat, cum absoluta sit ejus prohivitio, & incompativilitatis ratio. Roxas de incomp. part. 8. cap 9. num. 17. cum. D. Larrea decis. 52. num. prim. & D. Castillo lib. 5. cap. 179. & part. 4. cap. 2. num.* 14. ibi: *Quia ad hoc ut sit apposita in rem nesse erat quod dixiset, quod suum prigenium non concurrere cum allio apud eundem possesorem: Sive dicat majoratus, à me institutus cum allio simul non jungatur, aut uniatur num.* 34. Y lo literal de la clausula, que và puesta por exordio, expecificò tanto la voluntad del Fundador, que dominando toda duda, graduò por evidente el concepto à favor de la incompativilidad: Pues con duplicadas expresiones previno, que siempre andubiesse este Mayorazgo dividido, de el que toca à la Cassa de Gelves, y de otra qualquiera, y que esta divicion se hiciesse ibi: *perpetuamente para siempre en todos los Sucesores.* Y haviendo el Fundador procedido tan cuidadoso, como expecifico, en resistir la union, ò concurso de el Mayorazgo, con otro, en un mismo sujeto; es ilacion fundada, que la oposicion de el Conde, no debe ser atendida, como totalmente opuesta à lo que la fundacion documenta.

Si

Si la clausula no resultara tán explicativa del deseo del Fundador, y experimentara fundada duda en su inteligencia procederia sin embargo protexida en justicia la instancia del Marquès de Castromonte: pues en la question, que los practicos suscitan en assumpto de si es favorable, ù odiosa la incompativilidad es comun resolucion, que ha de atenderse, como favorable, y assi està la presumpcion, è interpretacion exforzando su existencia: pues mirando, como parcial, ò total respecto (segun lo circunstanciado del assumpto) el que los emolumentos se proporcionen haciendo participes à otros. *D. Solzan de indiar. guvernat. tom. 2. lib. 1. cap. 4. num. 24. & lib. 2. cap. 5. num. 83. & 84. His communicare oportet, omnes dicant, omnium participantes, & ex ipso vibere, & non hunc quidem ditescere, illum autem misserum esse, sed unam faciam communem omnibus vitam, & hanc equam.* Y que no se esperimente el perjuicio, de que recayendo en uno todas las combeniencias, el otro caresca de las precisas; y siendo objecto de estas fundaciones el conservar el explendor en las familias pudiendo lograrse el fin apetecido en dos sea privativo de uno: Y conociendo inpractible mantenerse la nobleza valor, ni aun la virtud sin los medios, que con su assistencia la conservan, y con su retiro la devoran, y destruyen *Roxas part. 3. cap. 5. num. 13. Vnde diximus quod propter diminutionem bonorum, seu paupertatem, sequitur diminutio existimationis, & honoris ley 2. versic. quid enim. C. quando, & quibus quarta pars. debeat lib. 11. Et Senec. in epist. 116. lib. 21. Vbique tanti quisque quantum habuit fuit.* Por estas, y otras causales prevalece, por la incompativilidad en los assumptos dudosos, el que se tenga por cierta *Roxas part. 4. cap. 2. num. 28.* ibi: *Sexto, & ultimo hæc causa incompatiavilitatis ac prohivitio concursus unius cum alio majoratu favorabilis est, & non odiossa: patet ex leg. 7. tit. 7. lib. 5. Recop in princ si quidem redundat in favorem Reipublicæ communis, ac privatæ utilitatis. Favor publicus quatenus publicam utilitatem, & familiæ conservationem respicit; hoc enim favoravile est, & amplian dum: Et favor privatus, quia quatenus versatur jus utile primogenituræ late devet interpretari cum solum tunc agatur*

tur de virtute comprehensiva (y concluye con esta ilacion) *ergo in hoc casu devet dari repetitio, & quo ad omnes vocatos extendi prohivitio concursus unius majoratus cum allio D. Castillo lib, 5. controv. cap. 181. D. Jon. Bapt. de Larrea decis. 51.* Y sino pudiera hacer declinar el recurso, ò derecho del Marquès la falta de extencion, que padeciesse la clausula para formalizar el concepto bien puede con sugecion à los Autos expressarse, que la justicia, en que se funda la demanda puesta contra el Conde de Cantillana passò de los meritos precissos para el buen exito: pues siendo para el suficiente la duda; la causa, y produce una evidencia, y esta justifica el agravio, que el Marquès de Castromonte ha de monstrado en la suplica pendiente en esta segunda instancia.

No ha estimado el Marquès por objecion admissible, à el menos estimable en el concepto juridico que Don Juan Antonio Corzo Vicentelo, Fundador, insinuasse la prohivicion, ò incompativilidad en la persona de Doña Bernardina, su hija, y para con el Mayorazgo de la citada Cassa de Gelves: pues lo expuesto, y fundado sobre la existencia de la incompativilidad procede, milita, y se amplia del caso, en que el Fundador explicò la prohivision absoluta, à el en que Nominatim la dispuso en uno de los llamados, ò Sucesores, como se verifica haviendo dispuesto, que si Ticio sucediesse en tal Mayorazgo, haga transito el que dexa fundado: pues en qualquier modo colocada la disposicion, ò clausula inductiva de la incompativilidad, relacionesse à el primero, segundo ò tercero llamado; es tanta su eficacia, que sin variar su essencia estos accidentes, constituye realmente el Mayorazgo incompatible impidiendo el obtenerlos un proprio Poseedor. *Roxas ubi supra part. 4. cap. 2. num. 36.* ibi : *Ex his itaque venit amplianda resolutio, hujus nostræ sententiæ ac Dom. Castillo cap. 181. (in 5. controv.) & D. Larrea decis. 51. etian si institutor non solum concipiat prohivitionem præcipiendo absolute, quod suum primogenium non jungatur cum allio, vel tali primogenio; sed, & si jungat prohivitionem nominatim uni ex vocatis sue succesoribus præcipiendo quod si Petrus v. g. succedat in tali*

primo;

primogenio; quod suum primogenium ad sequentem in gradu transeat, & num. 37. ibi: *Secundo ampliatur, & si non primovocato, & in prima clausula in jungatur dicta conditio aut prohibitio unionis seu concursus sui majoratus cum allio; sed secundo, vel tertio vocato, vel in clausa secunda, vel intermedia possita sit, & n. 39.* Y no haviendo semejantes meritos, que coadjuben la pretencion, y concepto del Conde, es claro, y fundado el derecho del Marquès.

Esta reflección desde luego se contexta ser extraña del assumpto, en que se sufre la controversia, ò judicial disputa, quedando manifestado, que el Fundador, no dexò su voluntad sufraganea à interpretaciones, ò dudas, por que apetecia mas, el que se obedeciera, que no impugnara su disposicion: Mas estas, y otras pruebas havilita la experiencia, de que no hai seguro asylo, ò medio para la quietud, quando la turba, y consterna la violencia, ò suposicion, aunque esta terminara sufocada, por los proprios medios que la consiaban triumphadora. Si las expresiones del Fundador, hablan con todos los Sucesores perpetuamente, y con otro qualquier Mayorazgo (como lo clausulado lo acredita) por donde el Conde questiona lo què la notoriedad publica? Y asi, ò ha de fomentar nuebas reglas à la incompativilidad, ò convencido conceder, que con total resistencia, y obligacion en justicia, està desfructando los dos Mayorazgos, no pudiendo de ellos ser, en un proprio tiempo justo Poseedor.

En las fundaciones de Mayorazgo es tan frequente, como regular, procurar los Fundadores conservar la posesion, y goce de ellos en el Varon, admitiendo Hembra solo en terminos precisos, y mas quando procedieron con la amplia havilitacion, que confiere la real facultad, como obraron en este hecho los Fundadores, y previniendo el caso de haver Varon primogenito, en quien otro Mayorazgo concurriera, sin hermano segundo, en quien recayera este circunstanciado con la incompativilidad les prepondera mas evitar la union, y que continuasse dividido, que no el que entrara à gozarlo la hermana por no haver Varon, y que en esto se observase, y procediesse, como

en

en materia decidida; ò exempta de toda duda ibi: *Sin que se requiera para ello otra sentencia, ni declaracion.* Afianzando esta insinuacion el deseo, de que perpetuamente se observase, y por motivo alguno descadeciesse la separacion total de este Mayorazgo con otro alguno: pues ni aun la qualidad prelativa de el Varon les fue motivo para consentir lo contrario.

Por no haver en el Conde actual de Cantillana riesgo, de que se confunda su familia, y obscuresca su calidad con la de otra cassa distinta, puede discurrirse faltar el respecto de la separacion: Pues afianzando por ahora este incombeniente, à que no es questionable mira la incompativilidad, que los Fundadores disponen *Meirez de majoratu part. 2. quest. 4. illat. 8. num. 93. & 94. & 120. D. Molina de primogen. lib. 2. cap. 14. num. 29. D. Castillo lib. 5. cap. 160. num. 6. & cap. 178. num. 15. & 181. num. 8. & lex. 7. tit. 7. lib. 5. Recop.* Parecerà ser consiguiente no tenga efecto la separacion por faltar la causa, ò su influxo, y mas reflessionando, que en Doña Bernardina se discurriò proximo huviesse esta confucion por el con notado con la Cassa de Gelves, de que se hizo expecificacion en la clausula primera: Mas en el concepto de que la incompativilidad es Real, no es necesario procurar à este reparo solucion; pues sea el Mayorazgo nominado en la prohivicion, ù otra qualquiera, y hallese en las personas expecificadas, ù otras distintas, como la voluntad mirò por objecto excluir en todos los Sucesores el concurso del Mayorazgo incompatible con otro qualquiera, que fuesse indistintamente ibi: *Andando siempre dividido, è apartado este nuestro Mayorazgo de el de la Cassa de Gelves, y de otro qualquiera, y antes no se pueda, ni ha de poder juntar con el de la dicha Cassa de Gelves, ni con otro alguno, sino es en el caso, &c.* No es permissible, ni legal, que un proprio Poseedor pueda con actualidad obtenerlos, y aunque en el Conde falte el incombeniente de confundirse las familias, Armas, ò Apellidos, y este sea uno de los respectos, que causan la disposicion de incompativilidad, no es unico, ni tal se hallarà instruido, sino es parcial. *Ex traditis, & eruditis cum pluribus A. A. à Roxas*

part.

part. 3. cap. 5. causa 1. 2. 3. & 4. ex num. 9. usque ad 39. por que pendiendo del arvitrio del Fundador, no necesita titular este con mas causal su deliveracion, y assi faltando totalmente meritos, que persuadan, à que pendiò la incompativilidad establecida peculiar, y privatimente, de impedir la confucion mencionada no tiene proporcion este reparo, y se halla superado por lo evidente del concepto, que dexamos expuesto para acreditar, que la incompativilidad es Real.

Despues de haver reiterado el Fundador expressiones, que conspiran à este dictamen, limitò lo general de la prohivicion, à el caso, en que Doña Bernardina tubiesse solo un hijo, ò una hija ibi: *Porque el tal durante su vida podrà poseer ambos Mayorazgos*: y de esta prevencion, y demàs que hace para el caso de solo haver un hijo, ò hija del ultimo Poseedor, se ilaciona otra precision, no menos poderosa, para el intento, ò recurso del Marquès de Castromonte: Por que no pudiendo questionarse, que es hijo de Doña Maria Theresa Vicentelo Leca y Toledo, hermana del dicho Conde, hijos, que fueron ambos de Don Juan Antonio Vicentelo y Toledo, y Doña Isabèl de Silva Velasco, hallamos verificado, y terminante el caso prevenido por el Fundador, y haver dexado el ultimo Poseedor dos hijos, Varon, y Hembra: En cuyos terminos quiso, que se observase tambien la separacion, è incompativilidad deduciendose de estos meritos duplicados fundamentos para el recurso que esta parte sigue en defenza de la incompativilidad. El primero, por que la excepcion de el caso, ò casos individuales, en que tan solamente permitiò el Fundador la union, afianzan la prohivicion de ella en los demàs no exceptuados. *Vulgata lex in agris ff. de adquiriend. rer. Domin. lex ex facto §. item quero ff. de vulgar, subs. lex cum pater §. dulcissimus ff. de legat. 2. Roxas de incompativilit. part. 8. cap. 8. num. 2.* ibi: *Quod procedere vul, nisi conjuges filium unicum, vel unicam filiam habeant; tunc enim filium unicum, vel unicam filiam dispensat à divisione per spatium temporis vitæ suæ, & per hoc tempus suspenditur incompativilitas duorum: sin autem unus, vel unica filia duos habeat genitos; tunc inter eos dividendi*

sunt

sunt. Lo segundo, que siendo el Conde, hermano de Doña Maria Theresa, no pudo, ni debiò haverse introducido à desfructarlo, ò tener el Mayorazgo incompatible con el otro, que tambien posee, sino es con vulneracion del derecho radicado en su hermana, y en el Marquès su primogenito, y esta intrucion, y detentacion tan violenta le constituye gravado en justicia para la restitucion integra: *Ex eruditis à D. Molina lib. 2. de primog. cap. 12. num. 20. Peregrino de fideic. artic. 11. num. 13. Meirez part. 2. quest. 4. illat. 8. num. 37. Pater Molina de just. disp. 615. num. 3. Fusario quest. 447. num. 3. per text. in leg. si heres ff. de condition. ob causam, & lex Liberto 21. ff. de annuis legatis. Roxas part. 3. cap. 1. num. 52.* Pues no se encuentra para lo que executa, ni aun la mas aparente disculpa, y no pueden resplandecer las combeniencias, en quien no las proporciona, à lo que bonifica el Fiscal interior, que es la conciencia.

Con estas reflecciones se acerca la dificultad, que ofrece la sentencia de vista: pues siendo en ella denegados los efectos de la incompativilidad, con la clausula preservativa de *por ahora* parece que afianzando lo cierto de la prohivicion, solo se estimò no ser tiempo de su observancia, porque careciesse el hecho de alguna qualidad, ò sircunstancia precisa, y no pudiendo con certeza reconocer los motivos interiores, de tan primer Tribunal, es preciso termine la obligacion evaquando lo que havilita el discurso, sin el consuelo, de si serà el motivo cierto, que influye la insinuada prevencion.

El reservar, ò suspender el efecto, ò exercicio de las acciones proviene de ser comun, que en duplicados casos se puede estar assistido del recurso, como causativo, sin la qualidad de efectivo, y esto se instruye, aun en los principios theoricos, y es frequente en los contractos sujetos à tiempo, ò dia cierto, y en otras materias: *Quod, ut notorium provatione, non indiget.* Mas si la causa eficiente de la accion es tan eficaz, que incontinenti la produce en completo, no puede regularse por semejantes reglas, ò principios: y vaxo de este supuesto ofrece nuestro assumpto, que

que siendo la incompativilidad Real, no necesita para obrar mas de recaer otro Mayorazgo en el mismo Posseedor, y que este (contrario à lo prevenido en la fundacion) los desfructe, y quiera continuar poseyendo, por haversele diferido la sucesion: Pues ocurriendo esto, y no eligiendo, dentro del termino, que la fundacion previene, por qualquier causa, razon, ò excusa (es literal de la clausula) *ha de suceder en este Mayorazo, y en todos los bienes, y rentas de èl, el hermano segundo, de el tal mayor, ò la hermana hembra, que huviere.* Por lo qual se evidencia, que en tal forma llegò à competir la accion, y recurso producido de la incompativilidad, que no necesitò de purificar qualidad alguna, para producir la divicion, ò separacion. Y por esto no puede tolerar suspencion, ni ser diferido el recurso, que el Marquès ha intentado: Pues no tiene otro respecto, ni requiere otro principio, que lo mismo, que por notorio, en el Pleyto se supone; de estar desfructando el Conde dos Mayorazgos, y ser uno de ellos, el que tiene la naturaleza de incompatible.

No ha podido el deseo auxiliado del mas cuidadoso, aunque limitado estudio, hallar en los meritos del pleyto, los que causaron suspencion, para el recurso, que sigue el Marquès de Castromonte: antes si se ha deducido de ellos, que el Conde à mas de convencido con la incompativilidad, ha perdido el derecho de eleccion, assi por la interpetacion, que causa la asignacion de tiempo, que para practicarla dispuso el Fundador, è instruye, ò avisa la clausula; como por los efectos, que produce la litis contextacion, y haver elegido en sus pedimentos el Marquès; fundandose en la contravencion, ò renitencia del Conde su Tio: *Paulo Castrns. in leg. si quis suus num. 2. ff. de jure deliverandi* ibi: *Quia fuit ei datum tempus ad deliberandum, ad instantiam substituti. Quo casu lapsus temporis habetur, pro repudiatione. Peralta D. Greg. Lopez, Ciriaco Mieres, y otros, que refiere el Aguila Adict. ad Roxas de incomp. p. 8. cap. 6. num. 7. idem Roxas ubi supra, num. 12. & part. 6. cap. 4. num. 75. en terminos de oficios, & part. 7. cap. 4. num. 28. & 129.* Y esta mayor graduacion en el recurso,

y menos asistencia de justicia, en el sujeto, à quien se termina; causa mas dificultad, para el concepto, en la clausula *por ahora*: Pues si el perder la eleccion, es preciso supuesto de la incompativilidad, los proprios fundamentos, que para lo primero documentan; para no dudar la incompativilidad convencen. Y à concequencia de estos meritos, parece, sin duda acreditada en el actual assumpto, la incompativilidad, y su naturaleza: que es lo ofrecido en la primera expresion.

EXPRECION II.

REservamos en este lugar verificar, por inconducentes à el assumpto los medios suscitados por el Conde de Cantillana, por cuya parte se ha alegado; que si la incompativilidad es Real, no permite, que el Mayorazgo qualificado, pueda obtenerse con otro alguno, parece ocioso, que el Marquès pretenda el poseerle, quando no podrà continuar en desfructarle, por ser cierto, que obtiene otros Mayorazgos, y no ser presumible los renuncie, contentandose con el que puede resultar vacante, en la eleccion, que practique el Conde su Tio, y en este concepto el recurso ha de extinguirse por el proprio hecho de efectuarse. A esta objeccion satisface en primer lugar, la estacion, ò tiempo, en que se opone: Pues siendo cierto, que el Conde, no ha elegido como yà queda insinuado, se contiene en clase de discurso lo que havia de ser practico, para servir de dificultad, ò argumento: Y en la sujeta materia de incompativilidad, para que influya sus efectos, es preciso anteceda en el Poseedor, posesion de los Mayorazgos. *Ex leg. optione legata 16. de optione, & elect. legata. Lex cum pater 77. §. à filia ff. de legat. 2. D. Molin. lib. 4. cap. 4. num. 24. Paz de Tenuta tom. 1. cap. 34. num. 25. cap. commissa de electione in 6. cap. si quis cum translatus 21. quest. 2. Ojeda de incompativ. benefic. part. 1. cap. 4. num. 15. Roxas plures referens. p. 7. cap. 4. num. 43.* ibi: *Electio sane ut notissimum est fieri non potest, si concursus vere, practice, & realiter non datur, & nisi adepta privis pacifica possesione.* Y no

es ſuficiente ſea litigioſa, ſino eſpacifica: pues ſiempre que por qualquier motibo, no conſte eſtar evaquada la duda, que pueda comprovarla; eſta propria contingencia indemniza à el Poſeedor, para que no ſe le tenga por moroſo, ni ſe halle preciſado à deſiſtirſe, de los derechos ciertos, por los que penden del evento de un litigio: Y por eſto en las materias beneficiales, donde ſe pretende la incompativilidad; para que ſe dè eſta, en la claſe, que ſe eſtima por perfecta, en las diſpoſiciones conciliares, es eſſencial la poſecion pacifica: *Clementin. gratiæ de reſcriptis* ibi: *Alliud beneficium pacifice ac ſequaris.* Con libre exercicio, y es preciſo para la eleccion el concurſo Real, y practico, y no anteciendo eſte, no puede haver eleccion: Pues la reſiſte la diferencia, ò diſparidad de los derechos, à que ſe termina, y conduce para exfuerzo, la queſtion, que los Regnicolas ſuſcitan: *Vtrum quando in majoratu incompativili datur electio poſsidendi alterum, ad electionem ſit compellendus ante quam vere in eadem perſona majoratus concurrant, ſolum ſpe primogeniture alterius, en que el Señor Larrea decis. 52. citando al Señor Caſtillo, Gutierrez, Acevedo, Mieres, Tiraquello, y otros.* Refiere la deciſsion del Pretorio Granatence ſubtancialmente concordante con èl: *Text. in leg. ſi uſſus fructus 14. ff. quando deis legatorum cedat* ibi: *Quamvis enim electio ſit legataris, tamen non dum electioni locum eſſe poteſt, cum proponatur, aut non ilum teſtatorem deceſsiſet, aut eo mortuo hereditatem non dum adita. Eſſe lex cum illud 25. ff. quando deis legatorum cedat.* Por lo qual es ſin eficacia el argumento propueſto, y nunca la tubiera para hacer fundada la juſticia del Conde, quando eſta parte, es notorio, tiene otros hermanos, à quien tranſitara la ſucecion, ſin que continuara el Conde en la violencia, de eſtar de tentando lo que no le toca.

Advirtiendo nada ſeguro eſte medio, ſe introduce à la tolerancia, que ha havido, en intentar eſta accion, por los demàs Anteceſores, con expecialidad los Padres del Marquès: Mas en eſto hai dos ſircunſtancias, que ſe graduan por ſupueſtos. El primero la omiſsion, ò ſilencio, que los anteriores han tenido, y deſde luego ſe contexta,

por

por que es censurable disputar; lo que ni aun concedido se puede conducir para dàr cuerpo à la dificultad *D. Solorzano lib. 3. politic. cap. 20. n. 382.* Pues es no se duda, que la omision en los Antecesores termina en quien la ocasiona sin transito en los Sucesores, que representan à el Fundador, y esto por notorio es el segundo supuesto: Y si el concepto del Conde es ocurrir à los efectos, que causa la observancia interpretativa queriendo que esta de regla para la actual decision, es efugio violento. Lo primero, por que qualesquier Actos, que han precedido no pueden transender, ni alterar el derecho no causado; como es el proprio, y peculiar, que contrahido asi mismo ha intentado el Marquès de Castromonte. *Ex fundatis à D. Larrea allegat. 16. per totam.* Y en terminos de Sucesor de Mayorazgo al *num. 21. 22. con D. Covarrub. P. Suarez, Mieres, y Antonio Gomez, dedusiendo de la ley final §. ud quia ff. comm. legat. & lex. 1. C. de bonis maternis.* Y tambien por que la observancia interpretiva no sirve, quando los Actos repugnan à la fundacion, instrumento, ò privilegio ibi: *Sexto tunc poterit solum observantia locum habere, quando convenit, cum privilegio ipso, & ejus instrumento allias enim si adversetur concessioni, non interpretativa, sed usurpatio dicenda est: nec tan observantia dicenda, quam in prova introductio.* Y en exfuerzo, y comprovacion de su authorizado dictamen es cita fundamentos, y Autores graves, *& his omnibus libenter omito.* Estando afianzada la exclucion de este medio, que à su favor ha discurrido la parte del Conde.

Deseando hallar disculpable fundamento, que haga menos temeraria su contradicion, propone, que Don Juan Antonio Vicentelo, nieto del Fundador del Mayorazgo principal, y Poseedor de èl, en los llamamientos, que hizo, para el segundo diò primer lugar à su hijo primogenito, y que haviendo presizamente de recaer en este el qualificado, con la incompativilidad, repugna le llamase en otro, en que por la eficacia de ella no podia lograr inclucion: Este reparo nada hace, para que decline el concepto, pues lo mas que liquida es, que Don Juan Antonio Vicentelo, no advirtiesse la incompativilidad, y este defecto no conduse

para

para hoi : Pues, ò bien procediesse con animo de alterarla, ò sin premeditacion de ofenderla; como sus Actos han de ser sufraganeos de las facultades, que tenia; y no se le pueda juridicamente conceder alguna para derogar lo dispuesto por el Fundador, afianza este conocimiento, que el reparo no tiene fuerza, ni adequacion à el assumpto, bastando para excluirle, el hecho solo de examinarle.

Ocurre el Conde para excluir la incompativilidad, à que el Mayorazgo fundado por Don Juan Antonio Vicentelo en 31. de Enero de 1642. fol. 159. se ha de juzgar caudal proprio del Mayorazgo principal, que el año de 1581. D. Juan Antonio Corzo Vicentelo, y Doña Brigida Corzo, su muger (que es que el incluye la incõpativilidad) y para verificar su asercion cita el fol. 167. que reconocido solo resulta prevenir, que llegado el caso de unirse el Mayorazgo, que funda con el principal, asigna su emolumentos à diversos fines, que no condusen à el intento, y declara que recibiò, y sus Padres, y Abuelos diversas cantidades, que se impusieron à Censo, con facultad Real, sobre el dicho Mayorazgo principal: Y de esto se ilaciona por parte del Conde: que el segundo Mayorazgo se fundò con caudales del primero, y que por este motibo entre los dos Mayorazgos no puede exiftir la incompativilidad. Tan delicado es el discurso, que no se perciv para formar, concepto: En toda la fundacion del segundo Mayorazgo hai expresion, que instruia, lo que el alegato supone, aunque si se reconoce, que el Fundador de este segundo Mayorazgo procurò la existencia del primero, y no hallando, que esta inclinacion justifique obligacion, ò deuda en el disponente parece no ser justo admitamos por dificultad, lo que el el hecho convence ser suposicion.

Mas antes de prevenir las aplicaciones arvitrarias; el Don Juan Vicentelo Leca y Toledo dispuso: las sucesiones precisas llamando à Don Juan Luis Vicentelo, sus hijos, y descendientes, y à Don Felipe Vicentelo, y los que descendiesen de èl, y en defecto de los referidos à Doña Maria Theresa de Toledo, su hija del Fundador, y à sus descendientes fol. 166. y no se disputa ser hijo, de la Doña Theresa,

ſa, el Conde, ni el que lo fue Doña Maria Thereſa Vicentelo y Silva, hermana entera del recombenido, y madre del Marquès de Caſtromonte, y aſsi reſulta notorio en el Pleyto; luego nos hallamos en el caſo de los llamamientos preciſos, ſin conexion con lo diſpueſto en defecto de ellos; y aſsi aunque ſe quiſiera fundar (que fuera mui violento, y apreciara ſolo por raro, *juxta illud omne quod rarum eſt plus appetitur c. legimus diſtinc. 93. & cap. ſi ofitio diſtinc. 59. in fine*) que la incompativilidad ceſſaba, por haver ~~regla~~ llegado el tiempo de la union: A eſto ſe ſatisface, que es inconducente tratar en el tiempo de la exiſtencia, lo que es peculiar, de quando ocurra la extincion: A mas de que llegado el caſo de unirſe, ò incorporarſe no fuera. *Eque principaliter, ſed per incorporationem: Et in hoc caſu cenſetur una diſpoſitio, licet habeat in ſe conditiones contrarias, & ſi unio, ſeu incorporatio facta fuerit cum incompativilibus conditionibus, ſeu vocationibus confunditur, & eficitur una maſſa, ſeu unum corpus. Garcia de beneficiis tom. 2. part. 10. cap. 2. n. 14. lex in rem 23. §. qui cumque, &* ibi: *Communiter D. D. ff. de reindivicatione. Roxas de incompativ. part. 4. cap. 5. n. 35. 36. & 37.* Yà ſe advierte lo extraño de la invaſion, que ſe ha executado contra el recurſo del Marquès: Su empeño es, que la voluntad del Fundador ſe cumpla; los medios que repreſenta, parece confian en el exito, que ſolicita; dandoſe por cierta la incompativilidad, y diſcurriendo que la contradicion que ſe le ha hecho, no es para el Conde defenza, ſi convencimiento, con lo que termina eſte legal manifieſto. Sevilla, y Julio 28. de 1737.

Lic. Don Pedro Monte-Mayor, y Pizarro.